La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivizzazione” dell’amparo costituzionale in Spagna: un’analisi comparata con l’esperienza italiana (*)

di Roberto Romboli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela dei diritti fondamentali nelle scelte dei Costituenti italiano e spagnolo. – 3. La tutela dei diritti fondamentali nei suoi aspetti problematici: la Corte costituzionale come garante dei diritti e l’esistenza di “zone franche o zone d’ombra” in Italia. – 4. La tutela dei diritti fondamentali nei suoi aspetti problematici: l’“alluvione” dei ricorsi di amparo costituzionale, le conseguenze ed i possibili rimedi in Spagna. - 5. La riforma della LOTC del 2007: l’inversione dell’onere della prova e la mancata giustificazione della “speciale rilevanza costituzionale” come vizio insanabile del ricorso. La nuova disciplina delle nullità (art. 241 LOPJ). – 6. Il “nuovo” amparo costituzionale e la supposta avvenuta “oggettivizzazione”: qualche necessaria precisazione sul significato dell’espressione e sulla conformità della riforma alla Costituzione. – 7. Il rapporto tra Giudice costituzionale e giudici comuni nella tutela dei diritti fondamentali e l’esperienza italiana delle sentenze interpretative di rigetto: dal monopolio interpretativo della Corte costituzionale all’obbligo di interpretazione conforme, attraverso la valorizzazione dell’interpretazione del giudice comune e del diritto vivente. - 8. Il rapporto tra Giudice costituzionale e giudici comuni nella tutela dei diritti fondamentali e gli effetti della riforma della LOTC del 2007 per ridurre l’“alluvione” dei ricorsi di amparo e per l’instaurazione di un diverso rapporto di collaborazione. La sentenza 155/2009 del Pleno: la portata e l’importanza della individuazione delle sette ipotesi di “speciale rilevanza costituzionale”. – 9. Osservazioni conclusive: la maggiore valorizzazione, da parte del Tribunale costituzionale e rispetto alla riforma del 2007, della dimensione “soggettiva” del “nuovo” amparo costituzionale.

(*) Relazione al Seminario de Derecho y Jurisprudencia, organizzato dalla Fundacion colloquio juridico europeo, Madrid, 12 novembre 2009.

1. Premessa.

Il tema posto dal Seminario – a seguito della riforma della disciplina dell’amparo costituzionale, avvenuta con la legge organica del 2007 - e immediatamente ricavabile dal titolo dello stesso, viene a coinvolgere due aspetti, strettamente connessi, ossia quello della supposta “oggettivizzazione” dell’amparo e quello della tutela, maggiore o minore dopo la riforma, dei diritti fondamentali in Spagna.

Il primo aspetto richiama e trova il suo fondamento nella nota classificazione dei diversi modelli di giustizia costituzionale, che contrappone quelli fondati sul controllo oggettivo della legge, aventi quale finalità principale l’eliminazione di leggi contrastanti con i principi costituzionali e quindi la depurazione dell’ordinamento e quelli centrati invece direttamente sulla difesa dei diritti fondamentali.

Le “due anime” – quella oggettiva e quella soggettiva – si pongono ovviamente tra di loro in stretta connessione, dal momento che il perseguimento della prima determina sempre o quasi sempre, anche se in via indiretta, una tutela dei diritti fondamentali, mentre quest’ultima finalità ha pur sempre in ogni caso una valenza generale ed il suo perseguimento corrisponde sempre ad un interesse pubblico generale.

Il secondo aspetto richiama invece, per una valutazione circa l’efficacia e l’efficienza del sistema di giustizia costituzionale, il carattere appunto diretto o indiretto della tutela ed il raccordo che nei

sistemi accentrati di giustizia costituzionale si pone, a livello ordinamentale, tra l'autorità giudiziaria ed il Giudice costituzionale nella realizzazione di tale tutela.

Allo scopo di fornire qualche indicazione, tratta in particolare dalla esperienza della giustizia costituzionale italiana ed assumere una posizione sia in ordine alla domanda se possa davvero parlarsi di una avvenuta "oggettivizzazione" dell'amparo, sia al grado di tutela dei diritti fondamentali e quindi, come detto, della influenza che la riforma potrà avere nei rapporti tra giudici comuni ed il *Tribunal constitucional* (TC), ritengo opportuno procedere ad una breve riflessione sui modelli italiano e spagnolo, così come delineati dai Costituenti, per poi segnalare lo sviluppo avutosi nella prassi e le innovazioni introdotte dalla giurisprudenza costituzionale nei limiti consentiti dalla Costituzione e dalle leggi di attuazione. In questo quadro dovrà quindi essere inserita la riforma del 2007, allo scopo di verificare la sua incidenza sul modello e dare una risposta alle domande che l'argomento del Seminario chiaramente ci pone.

2. La tutela dei diritti fondamentali nelle scelte dei Costituenti italiano e spagnolo.

La lesione di un diritto costituzionalmente tutelato del cittadino può avvenire, di fatto, ad opera di un atto di un privato realizzato *contra legem* oppure a seguito di un'attività, pure *contra legem*, di un soggetto pubblico, in particolare attraverso l'emanazione di un atto o di un provvedimento amministrativo, nonché attraverso quel particolare atto che è la sentenza di un giudice nella sua attività giurisdizionale oppure infine in conseguenza di una legge *contra Constitutionem*.

Nei primi tre casi (atto del privato, atto amministrativo, atto giurisdizionale) il rimedio previsto dall'ordinamento italiano è quello del ricorso davanti all'autorità giudiziaria, ordinaria o speciale, secondo criteri e condizioni stabiliti dalla legge processuale.

Nel caso in cui invece la lesione del diritto derivi direttamente dalla legge contrastante con i principi costituzionali, il giudice non ha la possibilità di conoscere direttamente del vizio e di porvi rimedio, apprestando quindi all'interessato la tutela del diritto leso, ma - in applicazione del principio di subordinazione del giudice alla legge e soprattutto della scelta del Costituente per un sistema accentrato di controllo della costituzionalità della legge e degli atti aventi forza di legge - deve investire del problema la Corte costituzionale, la quale soltanto, accogliendo la questione di costituzionalità sollevata dal giudice, potrà porre rimedio alla suddetta violazione, eliminando, con effetto *erga omnes*, la legge incostituzionale.

Ne deriva pertanto che il principale garante dei diritti costituzionali risulta essere senz'altro l'autorità giudiziaria comune, la quale ha la competenza esclusiva a porre rimedio alle eventuali violazioni nei primi tre casi, mentre nel quarto assume, nel disegno normativo, un ruolo di primissimo piano come collaboratore della Corte costituzionale, sia con riguardo alla fase "ascendente" - in quanto unico "portiere" abilitato a sottoporre al Giudice costituzionale una legge supposta in contrasto con la Costituzione, a seguito dell'esclusione di qualsiasi altra ipotesi di ricorso popolare diretto o da parte del cittadino leso, sia alla fase "discendente" come immediato destinatario, e quindi spesso anche interprete, delle pronunce della Corte.

Diversa invece la scelta operata dal Costituente spagnolo il quale ha previsto un sistema di giustizia costituzionale improntato più sulla tutela dei diritti fondamentali che non sulla eliminazione di leggi incostituzionali e non ha avuto la stessa fiducia nella magistratura formata sotto il regime franchista, ritenendo quindi di dover attribuire ad un organo nuovo, diversamente formato, la competenza a tutelare il rispetto della Costituzione e dei diritti fondamentali in essa previsti anche nei confronti di soggetti pubblici diversi dal legislatore ed in particolare proprio nei riguardi dei giudici comuni.

Una scelta estremamente importante e delicata quella fatta dalla Costituente, sia con riguardo alla futura diffusione nei soggetti pubblici e nella società civile dei nuovi principi costituzionali, sia con riferimento ai rapporti che il nuovo soggetto (Giudice costituzionale) avrebbe instaurato con gli altri poteri dello Stato e con la magistratura in particolare.

In essa potremmo vedere un'influenza sulla futura applicazione ed utilizzazione, da parte dei giudici, della questione pregiudiziale di costituzionalità – la quale, pressoché identica nella formulazione della legge e nei suoi presupposti normativi, ha avuto un ben differente sviluppo in Italia ed in Spagna – e più in generale dei rapporti che si sono venuti ad instaurare tra la magistratura ed il Tribunale costituzionale.

Un accesso fondato sul ricorso diretto infatti, specie se esercitabile contro le sentenze e contro gli atti amministrativi, costituisce una forma di protezione “immediata” dei diritti costituzionali assai efficace, ben più che il ricorso incidentale, proprio in quanto mediante esso è possibile “saltare” il raccordo Corte/giudici comuni tipico della via incidentale. Un accesso fondato sul ricorso incidentale garantisce invece, nel medio-lungo periodo, una proficua collaborazione tra corti costituzionali e giudici ordinari (e amministrativi, dove costituiscono una giurisdizione separata) e consente di permeare l'ordinamento della nuova legalità costituzionale in una forma meno conflittuale ed “invasiva” (per le altre giurisdizioni, per la stessa amministrazione) di quanto non avvenga negli ordinamenti che conoscono il ricorso diretto contro atti e sentenze.

3. La tutela dei diritti fondamentali nei suoi aspetti problematici: la Corte costituzionale come garante dei diritti e l'esistenza di “zone franche o zone d'ombra” in Italia.

Il modello di giustizia costituzionale italiano non ha subito, ad oggi, modifiche normative di rilievo quanto alle vie di accesso ed alle funzioni riconosciute alla Corte costituzionale, ma è senza dubbio ravvisabile una importante evoluzione a proposito della tematica in esame.

Nella prima fase di funzionamento la preoccupazione maggiore della Corte - anche di fronte alla inerzia del parlamento, il quale accettò di buon grado che fosse questa a procedere alla defascistizzazione di vasti campi del diritto – è stata quella di depurare l'ordinamento dalla legislazione ereditata dal regime fascista, per questo le vicende del giudizio *a quo* non potevano che assumere il ruolo di mere occasioni per il raggiungimento del risultato.

La via incidentale inoltre era, come detto, l'unico modo attraverso il quale una legge poteva essere sottoposta al controllo della Corte e questa pertanto doveva procedere ad un'opera di educazione e di sensibilizzazione dei suoi “portieri”, instaurando con gli stessi un rapporto di buona collaborazione, pena il rischio di restare priva della materia prima e quindi sostanzialmente disoccupata.

Tutto ciò può fornire una spiegazione del modo di procedere in questa fase da parte della Corte che sembra operare prestando scarsa attenzione alle vicende del giudizio *a quo*, agli eventuali vizi relativi allo stesso e adottando una nozione ampia di “giudice” e di “giudizio” ed un controllo meno penetrante della rilevanza.

A seguito dell'avvenuta eliminazione dell'arretrato, negli anni 1987-1989, l'ormai largamente perseguita defascistizzazione dello Stato e la possibilità di decidere le questioni sollevate in tempi assai brevi (tre-sei mesi), hanno determinato una sempre maggiore attenzione del Giudice costituzionale alle vicende del processo principale, aumentando quindi di conseguenza il tasso di concretezza del giudizio costituzionale, come risulta facilmente percepibile dal fenomeno della c.d. interpretazione conforme, sul quale tornerò subito dopo.

La Corte negli ultimi anni ha poi manifestato abbastanza chiaramente la tendenza ad attribuirsi il compito di fissare i principi e le linee interpretative generali (si pensi all'utilizzo delle pronunce additive, di rigetto o di inammissibilità “di principio”), chiedendo poi al giudice di farne applicazione nei casi concreti, senza passare, se non quando necessario, attraverso il giudizio di costituzionalità.

E' in considerazione di ciò che si è parlato di un aumento del carattere di “diffusione” del nostro modello di controllo sulle leggi, nel senso del realizzarsi di un'ulteriore fase di avvicinamento del nostro modello a quello nordamericano.

Circa il ruolo svolto in questi oltre cinquanta anni di giurisprudenza dalla Corte nella tutela dei diritti costituzionali, non pare condivisibile la tesi sostenuta da Paladin, secondo cui l'aver limitato

l'accesso alla Corte alla via incidentale avrebbe fatto sì che questa si sia presentata sempre più come giudice della ragionevolezza delle scelte legislative e non come garante dei diritti fondamentali, in quanto i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero, nel complesso della giurisprudenza costituzionale, piuttosto marginali, concludendone che solo l'introduzione di un ricorso diretto consentirebbe di poter parlare di giurisdizione costituzionale delle libertà e di porre la Corte in una posizione di sovraordinazione rispetto a tutte le altre autorità pubbliche.

Una valutazione su come concretamente si è realizzato il controllo incidentale sulle leggi in Italia e sulla natura che ha quindi assunto il modello "vivente" di giustizia costituzionale, mostra infatti inequivocabilmente come la Corte abbia tendenzialmente assunto, in stretta correlazione e cooperazione con il giudice comune, sempre più il ruolo di giudice dei diritti e sempre meno quello di giudice delle norme e come non si possa disconoscere che la effettiva consistenza e fisionomia dei diversi diritti fondamentali, ed in particolare l'individuazione dei limiti cui gli stessi possono ritenersi soggetti, è essenzialmente il frutto della giurisprudenza costituzionale, dal momento che il terreno su cui più proficuamente si è svolta l'opera della Corte di concretizzazione dei valori costituzionale è stata proprio quella dei diritti.

Si potrebbe, almeno in teoria, rilevare, come fa Valerio Onida, che lo strumento del controllo incidentale delle leggi si sia mostrato perfettamente adeguato a realizzare in concreto la tutela, sul piano giuridico, dei diritti fondamentali, infatti "se per ogni diritto (sostanziale) c'è – e ci deve essere per Costituzione (. . .) – un giudice ed un giudizio nel quale esso può essere azionato e fatto valere; se da qualunque giudice e in qualunque giudizio può essere provocato il controllo della Corte sulla eventuale indebita compressione o limitazione che ai diritti fondamentali possa derivare da norme di legge, di diritto sostanziale o processuale, ne deriva che, dal punto di vista logico, il sistema delle garanzie di tali diritti non ammette e non lascia lacune".

In realtà l'esperienza pratica di questi oltre cinquanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale in Italia ha invece mostrato come esistono leggi difficilmente "aggredibili" che danno luogo a "strettoie" o "zone franche o zone d'ombra", espressioni che vogliono appunto indicare situazioni e ipotesi in cui può risultare, per varie e differenti ragioni, più difficile portare una determinata legge all'esame della Corte costituzionale.

Per questo è accaduto che in vari momenti si sia in Italia discusso sull'opportunità di inserire lo strumento del ricorso individuale diretto. Un sintomo della "voglia di ricorso diretto" potrebbe essere visto nell'utilizzo, assai più diffuso negli ultimi anni, dello strumento del ricorso per conflitto tra poteri, impropriamente fatto da parte di soggetti privati, i quali mascheravano sovente, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, un vero e proprio ricorso diretto verso atti legislativi ed a volte anche giurisdizionali. I ricorsi sono sempre stati dichiarati inammissibili, in sede di deliberazione, per carenza di legittimazione del soggetto ricorrente.

In considerazione di ciò è quindi sovente capitato che di fronte a certe "strettoie" ed alla posizione di impotenza che ne deriva, salga appunto forte la "voglia di ricorso diretto", specialmente allorché possiamo constatare che l'analogo problema è risolto, in Spagna, proprio grazie alla esistenza del ricorso di *amparo*.

Per fare qualche esempio potremmo pensare alla posizione del terzo interessato offeso nella sua reputazione da espressioni oltraggiose pronunciate da un parlamentare, il quale oppone al giudizio in sede civile e/o penale lo scudo della immunità delle opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari (art. 68, 1° comma, Cost.) oppure alla eventualità in cui, a fronte di un obbligo da parte di un giudice di ultima istanza a rimettere alla corte di Lussemburgo una questione pregiudiziale di interpretazione della normativa comunitaria, ciò non avvenga pur non ricorrendo le ipotesi (irrilevanza, "atto chiaro", "atto chiarito") indicate dalla giurisprudenza comunitaria di esenzione da tale obbligo; o ancora a quello relativo a diritti fondamentali connessi alla materia elettorale e specificamente alle disposizioni regolanti il procedimento elettorale per la camera ed il senato, in considerazione della presenza di un preciso disposto costituzionale, in base al quale "ciascuna camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità" (art. 66 Cost.).

4. *La tutela dei diritti fondamentali nei suoi aspetti problematici: l'“alluvione” dei ricorsi di amparo costituzionale, le conseguenze ed i possibili rimedi in Spagna.*

Il modello di giustizia costituzionale spagnolo viene comunemente qualificato, al pari di quello italiano, come “modello misto”, che trova la sua principale caratterizzazione nel giudizio in via incidentale, un giudizio che si svolge a livello accentrato, ma ad iniziativa “diffusa”: da qui il carattere misto tra i due sistemi “puri” di controllo accentrato-abstracto o diffuso-concreto.

L'elemento di principale differenziazione consiste nella presenza, nel modello spagnolo, di un ricorso individuale diretto che consente al cittadino, in determinate circostanze e per la tutela di specifici diritti fondamentali, di adire direttamente il Giudice costituzionale.

Nella applicazione pratica avutasi nei circa trenta anni di giustizia costituzionale il principale problema emerso ha riferimento proprio alla competenza del Tribunale costituzionale a giudicare in ordine agli amparos costituzionali, soprattutto derivante dall'altissimo numero, sempre crescente, di ricorsi e dai tempi inevitabilmente lunghi della decisione.

L'attesa di due/tre anni solo per conoscere se il ricorso è stato ammesso e di tre/cinque anni per la pronuncia di merito – con il risultato che questa spesso rischia di risultare non più utile, in concreto, con riguardo alla denunciata violazione del diritto fondamentale – è stata considerata assolutamente inaccettabile. Anche per questo si è parlato di una crisi di legittimazione dell'*amparo* come percezione sociale, avendo i tempi di risposta creato una breccia tra la cultura dei diritti fondamentali propria del cittadino e le risposte date dal *Tribunal constitucional* ai ricorsi di *amparo* (Jimenez Campo)

Il carico di lavoro derivante dall'esame e dalla risoluzione dei ricorsi diretti ha poi esercitato un riflesso negativo sui tempi e sulla stessa possibilità del *Tribunal* di esercitare efficacemente le altre importanti funzioni ad esso assegnate dalla Costituzione, specificamente quelle relative al controllo della legittimità costituzionale delle leggi ed alla risoluzione dei conflitti di attribuzione. L'attesa di una decisione in questi casi si aggira infatti in media sui sei-sette anni, con il risultato che spesso il Giudice costituzionale si trova a risolvere questioni relative a leggi che nel frattempo sono state modificate o abrogate da successivi interventi legislativi.

La grande mole di lavoro svolta dal Tribunale costituzionale si è risolta perlopiù in una “lavoro negativo”, in quanto per la stragrande maggioranza dei casi i ricorsi non hanno superato il vaglio di ammissibilità, perché veniva invocato un diritto non rientrante tra quelli indicati dalla Costituzione come “amparabili”, per carenza manifesta di contenuto che consentisse una decisione nel merito o infine perché era stato già risolto, nel senso del rigetto, un ricorso fondato su presupposti sostanzialmente uguali.

Nel 1988 si era provveduto, sempre allo scopo di realizzare uno smaltimento dell'arretrato, ad una modifica della legge organica, la quale non aveva alterato i requisiti di ammissibilità, ma consentito al TC di dichiarare la inammissibilità senza obbligo di motivazione, indicando semplicemente quale dei quattro motivi sopra ricordati ricorresse nella specie. La giurisprudenza costituzionale non ha seguito tale indicazione e la prassi è stata nel senso di motivare sempre, seppure in maniera succinta, la decisione di inammissibilità.

Il ricorso in amparo è in sostanza divenuto nella prassi un “normale” giudizio di quarto grado, presentato quando sono terminati i differenti gradi davanti alla giurisdizione comune ed il TC è venuto quindi trasformandosi sempre più in un *Tribunal de amparo*, con sacrificio di quelle che sono invece da ritenere le funzioni più proprie di un Giudice costituzionale (controllo delle leggi e risoluzione dei conflitti), che sono nella esclusiva competenza di questi e che stanno, come noto, a fondamento della sua esistenza. La tutela dei diritti fondamentali è infatti garantita anche (o *in primis*) dal giudice comune e molti ordinamenti (fra cui quello italiano) non conoscono l'istituto dell'*amparo* o del ricorso diretto individuale.

In considerazione di ciò si è levato un grido di allarme circa la perdita da parte del *Tribunal* del proprio ruolo costituzionale, anche in relazione ai rapporti sempre più stretti con le Corti europee e la tutela multilivello dei diritti fondamentali, con inevitabile ripercussione sulla perdita di significato o lo svilimento della normatività della Costituzione.

E' stato così sostenuto da Marc Carrillo che uno stato democratico e di diritto non può permettersi un *deficit* di questo tipo nelle sue istituzioni e specialmente in quella cui spetta la salvaguardia della Costituzione, venendo "in gioco la identità e il credito istituzionale del proprio Stato".

5. La riforma della LOTC del 2007: l'inversione dell'onere della prova e la mancata giustificazione della "speciale rilevanza costituzionale" come vizio insanabile del ricorso. La nuova disciplina delle nullità (art. 241 LOPJ).

In questo contesto viene ad inserirsi la riforma della legge organica sul Tribunale costituzionale approvata nel 2007, la quale, accanto alla finalità di contenere lo strumento dell'amparo in situazioni straordinarie e comunque "sopportabili" per il Giudice costituzionale, pare mirare altresì, in maniera meno diretta e appariscente, a favorire il formarsi di un nuovo e diverso rapporto tra il *Tribunal* ed i giudici comuni, fondato su una maggiore collaborazione ed un ruolo più incisivo di questi ultimi – ormai sensibilizzati ai "nuovi" valori costituzionali - nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo.

La riforma del 2007, con riferimento allo strumento dell'*amparo*, va ad incidere essenzialmente sul giudizio di ammissibilità, inserendo in particolare un nuovo requisito, non previsto dalla legislazione anteriore, quello della necessaria "speciale rilevanza costituzionale", specificando che essa dovrà essere valutata sulla base di tre elementi: a) la sua importanza per l'interpretazione della Costituzione; b) per l'applicazione e l'efficacia generale della stessa; c) per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali.

La riforma del 2007 inserisce quindi un ulteriore requisito e prevede quella che è stata definita l'inversione dell'onere della prova, nel senso che, mentre sotto la previgente disciplina il TC doveva individuare le cause di inammissibilità partendo da una sostanziale presunzione di ammissibilità, adesso il dato di partenza diviene una presunzione di inammissibilità, dovendo il ricorrente indicare le ragioni per le quali il ricorso dovrà essere ammesso ed in particolare la "speciale rilevanza costituzionale" del medesimo. Nel regime anteriore la inammissibilità si poneva come una mera eventualità, adesso invece la decisione di ammissibilità diviene un atto positivo e necessario.

Su questo aspetto le prime applicazioni giurisprudenziali hanno consentito al *Tribunal* di fornire una interpretazione della nuova normativa e di specificarne il contenuto e gli effetti.

Due decisioni (Sala primera, auto 21 luglio 2008, n. 188 e Sala segunda, auto 22 settembre 2008, n. 289) hanno infatti affrontato il problema relativo al significato da attribuire alla previsione del nuovo art. 49, secondo cui "in ogni caso, la domanda deve giustificare la 'speciale rilevanza costituzionale' del ricorso" ed alle conseguenze della sua mancata osservanza.

Il TC, sottolineata l'importanza dell'avvenuta "inversione dell'onere della prova", ha specificato che la giustificazione della "speciale rilevanza costituzionale" è elemento "sostanziale" che deve sempre sussistere e che l'esame della sussistenza precede quello relativo alla valutazione del merito del ricorso. Per questo la prima non può essere dedotta, da parte del TC, dalle motivazioni del ricorrente in ordine alla supposta violazione del diritto fondamentale, né ricercata d'ufficio e la mancanza di una specifica motivazione sul punto comporta un vizio insanabile e la definitiva dichiarazione di inammissibilità.

La dimostrazione della "speciale rilevanza costituzionale" è da ritenere quindi distinta e non confondibile con la prova dell'avvenuta violazione del diritto fondamentale, l'esistenza della quale non esclude pertanto l'inammissibilità del ricorso, dal momento che, contrariamente a quanto richiesto da alcuni, tra le situazioni integranti la "speciale rilevanza costituzionale" non è affatto concesso alcun rilievo alla violazione del diritto fondamentale o alla gravità della stessa.

Il TC ha poi giustificato il carattere “insanabile” della mancata dimostrazione del suddetto requisito, nella considerazione che la prevista sanabilità vale solo per le condizioni formali (quali la mancata presentazione di documenti o dati), ma non per quelle sostanziali, per cui ritenere il contrario si porrebbe in contrasto con i principi generali del processo e con le garanzie della certezza del diritto, che risulterebbero gravemente danneggiati qualora si ritenesse possibile che la motivazione della “speciale rilevanza costituzionale”, che determinano l’ammissione del ricorso, potessero essere aggiunte *ex novo* dopo la presentazione del ricorso.

Diverse le critiche che sono state sollevate in dottrina soprattutto con riguardo alla affermata insanabilità del vizio e alla seconda delle pronunce sopra ricordate è allegata l’opinione dissenziente del giudice Eugeni Gay Montalvo, il quale ha suggerito, almeno per i primi tempi, un’interpretazione più elastica della normativa. A parere del giudice dissenziente la previsione del nuovo requisito ha come destinatario il TC e non i ricorrenti ed esso può essere desunto anche dalla esposizione dei fatti e dagli argomenti a sostegno del ricorso, segnalando come grave discriminazione la riparazione della violazione di un diritto fondamentale sul presupposto che nel ricorso si sia fatto cenno al suddetto requisito e respingendo invece un altro, identico nella sostanza, solo perché nel ricorso quel riferimento risulti assente.

Diverse disposizioni della riforma sembrano, direttamente o indirettamente, rivolte ad incidere sui rapporti tra il Tribunale costituzionale ed i giudici comuni e quindi sul differente ruolo dei medesimi nella tutela dei diritti fondamentali e nel sistema di giustizia costituzionale.

In questo senso viene pare doversi valutare quella parte della riforma che provvede a modificare l’art. 241 della legge organica sul potere giudiziario (LOPJ), introducendo una nuova disciplina del procedimento di nullità degli atti processuali che produce un ampliamento dell’incidente di nullità e consente il suo utilizzo in caso di violazione di uno dei diritti fondamentali di cui all’art. 53, 2° comma, della Costituzione spagnola.

Lo scopo di tale modifica è all’evidenza quello di ribadire, aumentandone i poteri, il ruolo della magistratura come prima garante dei diritti fondamentali, estendendo alla tutela di questi ultimi un istituto fin allora utilizzato solamente per far valere vizi processuali. Si è inteso così consentire al giudice di rimediare esso stesso ai propri errori nella speranza che ciò significhi anche una diminuzione dei ricorsi di *amparo* per supposta violazione dell’art. 24 della Costituzione spagnola (diritto di difesa), che rappresentano il numero di gran lunga maggiore tra i ricorsi.

Accanto ai sostenitori di tale innovazione - ritenuta preferibile rispetto alla creazione di un apposito giudice o di una apposita Sala del *Tribunal supremo* per conoscere di tali vizi, pur reputando necessaria una nuova e diversa cultura giurisdizionale da parte dei giudici – non pochi sono stati i dubbi sollevati circa la reale efficacia di tale innovazione. Pur condividendo per lo più la logicità e coerenza con la riforma della modifica dell’art. 241 LOPJ è stato rilevato come, di fatto, la stessa potrebbe rivelarsi pericolosa, inutile se non addirittura dannosa, sia perché potrebbe portare ad un notevole aggravio di lavoro per il giudice comune, con conseguente allungamento della durata dei processi, sia perché è prevedibilmente assai difficile che un giudice, tornando sui suoi passi, ammetta di aver sbagliato e annulli il proprio precedente atto, sia perché si avrebbe lo snaturamento di un istituto processuale per niente adatto ad una tutela sostanziale dei diritti fondamentali, sia infine perché contro la decisione del giudice, ai sensi del nuovo art. 241 LOPJ, vi sarebbe sempre la possibilità di un ricorso di *amparo*, con evidente frustrazione della principale finalità della modifica.

6. *Il “nuovo” amparo costituzionale e la supposta avvenuta “oggettivizzazione”: qualche necessaria precisazione sul significato dell’espressione e sulla conformità della riforma alla Costituzione.*

Un po’ da tutti è stato sottolineato, in maniera positiva o negativa, come l’istituto dell’amparo venga, a seguito della riforma, a subire un notevole cambiamento anche nella sua stessa natura.

E' stato infatti sostenuto da Aragon che l'*amparo* ha svolto un ruolo importante come "*amparo-tutela*" nei primi anni di funzionamento del *Tribunal constitucional*, ma che adesso lo strumento deve cambiare totalmente pelle, trasformandosi in "*amparo-controllo*", per il quale la lesione, anche grave, di un diritto fondamentale non sarà più sufficiente, ma solo un'occasione, da utilizzare da parte del Giudice costituzionale solamente quando si renda necessario per affermare o riaffermare determinati orientamenti della giurisprudenza costituzionale e specialmente per assicurare la soggezione dei giudici comuni alla interpretazione fornita dal TC.

Le ricordate innovazioni, introdotte dal legislatore organico del 2007, hanno fatto parlare di una avvenuta "oggettivizzazione" del ricorso di amparo.

In proposito credo che debba meglio chiarirsi il significato di una simile qualificazione. Qualora con ciò si intenda affermare che il nuovo requisito di ammissibilità (la "speciale rilevanza costituzionale") prescinde, come detto, dalla verifica della sostanziale violazione di un diritto fondamentale amparabile e può quindi condurre alla non ammissione, pur in presenza di una evidente violazione, ciò appare senz'altro da sottoscrivere, alla luce della nuova disciplina dell'amparo.

La violazione, di natura prettamente soggettiva, deve infatti necessariamente unirsi ad una rilevanza, a carattere oggettivo, del ricorso, il quale deve rivelarsi utile cioè alla formazione di una interpretazione giurisprudenziale da parte del *Tribunal* che si dimostri necessaria ai fini dell'applicazione della stessa da parte dei giudici comuni.

In questo senso certamente l'amparo può dirsi che viene a "colorarsi di una maggiore oggettività". Qualora invece si intenda rifarsi al tradizionale significato che viene attribuito, con riguardo alla giustizia costituzionale, alla contrapposizione tra la natura soggettiva oppure oggettiva del controllo ossia come tutela diretta o indiretta di un diritto fondamentale, ritengo non possa parlarsi di avvenuta "oggettivizzazione" dell'amparo, dal momento che questo, una volta superato il vaglio di ammissibilità nel senso detto, viene ad essere giudicato nel merito nella sua concretezza (violazione o meno dello specifico diritto in quella particolare fattispecie portata al giudizio del TC) ed a ricevere quindi una tutela assolutamente diretta e per niente indiretta, come riflesso della garanzia di altri, superiori valori o finalità.

Diversamente potrebbero apparire poco comprensibili, se non addirittura in contrasto con lo spirito della riforma, quelle previsioni che attribuiscono al TC il potere di sospensiva dell'atto impugnato o di applicare precise misure cautelari, ad evitare che il diritto fondamentale nella specie invocato, venga a subire danni irrimediabili. Sospensiva e misure cautelari si collegano infatti logicamente alla tutela di uno specifico e concreto diritto fondamentale.

Tale conclusione può servire anche a dare una risposta, di segno negativo, circa i dubbi di costituzionalità da alcuni avanzati nei riguardi della riforma del 2007 per supposta incidenza e sostanziale modifica di disposizioni costituzionali.

E' stato infatti sostenuto da alcuni che la riforma dell'amparo verrebbe a porsi in contrasto con la natura ed il significato che la Costituzione ha inteso assegnare allo strumento dell'amparo, per cui un cambiamento, quale quello introdotto dalla riforma, avrebbe dovuto passare attraverso una riforma della Costituzione.

E' stato infatti sostenuto da Fernandez Farreres che l'*amparo* costituzionale ha un carattere soggettivo il quale, senza negare il rilievo oggettivo che la decisione sullo stesso assume, è assolutamente irrinunciabile e non eliminabile per la figura indicata dalla Costituzione.

Più in particolare è stato rilevato come la stessa parola "amparo" non sia neutra e casuale ma richiami ed implichi una protezione soggettiva dei diritti fondamentali, per cui la concezione soggettiva sarebbe l'unica che corrisponde allo spirito garantista che ad esso ha inteso attribuire la Costituzione, la quale, all'art. 162, 1° comma, lett. b), stabilirebbe un vero e proprio diritto di accesso al TC attraverso l'*amparo*. Per queste ragioni, persino l'inserimento in Costituzione del carattere oggettivo dell'*amparo* sarebbe da ritenersi "non costituzionale" (Garrorena Morales).

Sulla base di quanto sopra rilevato, pare invece maggiormente accettabile la tesi secondo cui quella operata dal legislatore organico del 2007 deve ritenersi come una legittima opzione ricompresa

nella disciplina costituzionale dell'istituto (Aragon), anche nella considerazione che la tutela dei diritti fondamentali, in senso soggettivo, è comunque offerta dai giudici comuni, essendo l'*amparo* costituzionale configurabile non come un ulteriore grado di giudizio, ma come una misura eccezionale esercitabile solo allorché, accanto all'interesse individuale (che permane e viene direttamente tutelato), sia altresì presente un interesse pubblico, generale per la tutela dei diritti fondamentali, che vale anche a differenziare l'intervento del *Tribunal constitucional* rispetto a quello dei giudici comuni.

Potremmo quindi dire che il ricorso di *amparo*, mentre mantiene il suo carattere di concretezza per il ricorrente – il quale continuerà a denunciare infatti la supposta violazione di un suo specifico diritto fondamentale ad opera di un altrettanto specifico atto – diviene al contrario astratto per il TC nella misura in cui il caso concreto rappresenterà anche un'occasione per giustificare il suo intervento nell'interesse generale, il quale, almeno in base alla lettera della legge, non prevede come tale la necessità di porre rimedio ad una palese, anche grave, reale violazione del diritto fondamentale denunciato.

Nel “nuovo” *amparo* il ricorrente viene in qualche misura ad assumere la veste di soggetto che rappresenta anche una situazione “tipica”, accanto a quella personale, sia che la stessa venga ritenuta utile ed utilizzata per esprimere una nuova ed innovativa giurisprudenza del *Tribunal*, sia che invece si debba solamente ribadire una giurisprudenza già elaborata e consolidata, ma non rispettata dal giudice o da altro soggetto pubblico.

7. Il rapporto tra Giudice costituzionale e giudici comuni nella tutela dei diritti fondamentali e l'esperienza italiana delle sentenze interpretative di rigetto: dal monopolio interpretativo della Corte costituzionale all'obbligo di interpretazione conforme, attraverso la valorizzazione dell'interpretazione del giudice comune e del diritto vivente.

L'oggetto del Seminario pone chiaramente la riforma dell'*amparo* in connessione con il livello di tutela che, a seguito della stessa, sarà adesso riconosciuto ai diritti fondamentali.

In proposito una parte della dottrina si è espressa reputando del tutto inutile il sacrificio del profilo soggettivo dell'*amparo*, in quanto la riforma non servirà allo scopo per il quale è stata approvata, mentre altri hanno escluso che possa parlarsi in proposito di una riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali, trattandosi solamente di un diverso modo di fornire la stessa da parte del *Tribunal* a fronte della affermazione del principio basilare secondo cui la tutela dei diritti fondamentali è garantita, a livello giurisdizionale, dall'autorità giudiziaria comune. Si tratterebbe anche di una tutela assai efficace, come dimostra il fatto che dei ricorsi avverso le decisioni dei giudici tramite l'*amparo* solo una piccolissima parte (circa 2%) viene accolta dal TC (Aragon).

La previsione in base alla quale anche in presenza di una lesione di un diritto fondamentale, sia pure evidente e grave, il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile qualora sia privo della “speciale rilevanza costituzionale” nel senso anzidetto, è stata ritenuta profondamente ingiusta e quindi destinata ad essere superata in via interpretativa da parte del TC. Uno spiraglio in tal senso viene indicato nel secondo degli elementi integranti tale concetto, ossia quello della “applicazione ed efficacia”, che potrebbe consentire al Giudice costituzionale di apprezzare anche situazioni di natura soggettiva (Garroren Morales, Segado).

I sostenitori della riforma negano che il risultato della stessa possa essere quello di una minore tutela dei diritti fondamentali, trattandosi solamente di assegnare al ricorso di *amparo* una differente natura e funzione, rafforzando al contempo la posizione ed i poteri dell'autorità giudiziaria comune, da ritenersi il vero ed unico organo con il compito di tutelare i diritti fondamentali attraverso un giudizio di carattere soggettivo, fondato cioè essenzialmente sull'interesse del ricorrente.

Sotto questo aspetto può risultare interessante riassumere brevemente l'esperienza italiana, dove, come già ricordato, si è realizzato un più che soddisfacente grado di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, pur in assenza di uno strumento come il ricorso individuale diretto,

anche e soprattutto grazie ad una opera di stretta collaborazione che si è venuta a creare – si è parlato di un “circuito virtuoso” – tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni.

Fin dalle prime decisioni la Corte costituzionale mostrò di voler rifiutare una divisione di competenza netta con i giudici comuni (alla Corte l'interpretazione della Costituzione, ai giudici, ed in particolare alla Cassazione, quella degli atti aventi forza di legge), affermando che la Corte, nel valutare la questione di costituzionalità sollevata in via incidentale da parte del giudice, non può ritenersi vincolata all'interpretazione della legge seguita dal giudice nel presentare l'eccezione di costituzionalità.

Sulla base di tale affermazione fu creato, e poi largamente utilizzato, il tipo di decisione denominato “sentenza interpretativa di rigetto”. Attraverso tale decisione la Corte giunge ad una pronuncia di rigetto, ma fornisce contemporaneamente una interpretazione della disposizione impugnata che vale a “salvarla” dalla dichiarazione di incostituzionalità. La questione di costituzionalità di una certa disposizione può cioè essere ritenuta infondata a condizione che alla stessa sia data l'interpretazione indicata dalla Corte nella sua decisione.

Nella prima fase attraverso le decisioni interpretative la Corte tende a raggiungere il maggior risultato al momento possibile, per la realizzazione dei principi costituzionali. Attraverso le decisioni interpretative di rigetto, specie in considerazione dell'inerzia del parlamento, viene attribuito alla disposizione impugnata un significato conforme a Costituzione, che vale a salvare la prima dalla dichiarazione di incostituzionalità, evitando così di creare un vuoto normativo, mentre con lo stesso tipo di pronuncia (eventualmente “doppiato”, se necessario, da una pronuncia interpretativa di accoglimento) si possono superare le interpretazioni restrittive della legge seguite dalla Corte di cassazione. In considerazione di ciò l'attività di interpretazione della legge in conformità alla Costituzione viene esercitata quasi in esclusiva dalla Corte, pur potendo, in teoria, essere esercitata certamente anche da parte dei giudici comuni.

Nei primi anni di attività della Corte fu quindi predominante la posizione favorevole a riconoscere in capo alla stessa un monopolio in tema di interpretazione della Costituzione e ciò principalmente per due ragioni, la prima delle quali consisteva nel timore che il riconoscimento del potere interpretativo della Costituzione in capo ai giudici comuni e della possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso l'interpretazione finisse con l'esautorare la Corte del ruolo di giudice delle leggi. La seconda ragione va vista invece nella sfiducia nei confronti della sensibilità costituzionale della magistratura di allora e nella capacità della stessa di svolgere la funzione di interpretazione della Costituzione, per la quale infatti era stato scelto di istituire un organo apposito, dotato di una particolare sensibilità, anche politica.

Il problema fu quello della efficacia di tale tipo di pronuncia ed in particolare attraverso quali strumenti si potesse in qualche misura (ammesso che si potesse) imporre una simile interpretazione ai giudici, specie in considerazione del principio di indipendenza che garantisce l'attività degli stessi e quella interpretativa in particolare.

Alcuni ritennero che sul giudice gravasse un obbligo solo “negativo”, altri pure “positivo”, mentre poi prevalse la tesi intermedia proposta da Leopoldo Elia, secondo la quale il giudice non poteva ritenersi vincolato alla interpretazione della legge indicata dalla Corte costituzionale ma, qualora ritenesse di non poterla seguire, aveva l'obbligo di riproporre la questione alla Corte costituzionale, la quale veniva così posta nella condizione di dichiarare la incostituzionalità della legge, trasformando la interpretativa di rigetto in interpretativa di accoglimento o in sentenza di accoglimento *tout court*

La scelta del Giudice costituzionale condusse inevitabilmente a momenti di tensione con l'autorità giudiziaria ed in particolare con la Corte di cassazione, poco incline ad accettare le interpretazioni della legge suggerite dalla Consulta, tanto da determinare quella che ormai è nota come la “guerra tra le due Corti”.

Il superamento della stessa avviene attraverso la valorizzazione del “diritto vivente”, a seguito della quale, in presenza del formarsi di una interpretazione ampiamente condivisa in giurisprudenza, cioè di un diritto vivente, il giudice avrà la possibilità di scelta fra seguire una propria interpretazione

conforme diversa dal diritto vivente ritenuto incostituzionale oppure di impugnare quest'ultimo davanti alla Corte costituzionale.

Questa, nel decidere la questione, potrà giudicare il diritto vivente non in contrasto con la Costituzione (avallando quindi il medesimo) oppure dichiararlo incostituzionale, ma non avanzare proprie interpretazioni alternative. Esse saranno invece ovviamente possibili in assenza di un diritto vivente o in una situazione in cui questo non può ritenersi ancora formato e con esse la Corte viene quindi a collaborare, con le proprie interpretazioni, alla realizzazione di un diritto vivente.

Il coinvolgimento del giudice comune nella risoluzione dei dubbi di costituzionalità diviene via via sempre maggiore e più evidentemente percepibile attraverso il richiamo alla c.d. interpretazione conforme, con cui la Corte ha fortemente valorizzato l'opera interpretativa del giudice comune, invitandolo a risolvere direttamente i dubbi di costituzionalità, tutte le volte che questi siano superabili facendo ricorso ai poteri interpretativi ad esso spettanti, che debbono riguardare non solo le fonti primarie, ma anche quelle costituzionali, in modo da dare alle prime il significato più conforme alle seconde.

A partire dal 1998, la Corte ha poi ritenuto quale ragione di ammissibilità della questione sollevata l'aver dimostrato, da parte del giudice, l'avvenuta sperimentazione di una lettura "conforme" delle disposizioni impugnate e moltissime saranno negli anni successivi le decisioni di manifesta inammissibilità delle questioni per non aver il giudice *a quo* assolto a tale incombenza.

Il giudice viene invitato quindi a risolvere da solo il dubbio di costituzionalità, anche facendo riferimento ai principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale ed applicabili alla questione da decidere, tutte le volte in cui ciò sia possibile, attraverso l'utilizzo dei propri poteri di interpretazione, dovendo ricorrere alla Corte solamente allorché per la conformazione della legislazione alla Costituzione risulti necessario e indispensabile un intervento demolitorio, come tale spettante solo al Giudice costituzionale.

La Corte costituzionale mostra infatti in molti casi di ritenere che il risultato sia meglio ottenibile attraverso una soluzione che mantenga i suoi effetti limitati al caso da decidere (attraverso il ricorso ai poteri interpretativi del giudice), che non attraverso una sentenza demolitoria della Corte, avente necessariamente effetti generali e potendo quindi porre problemi ulteriori e diversi (discrezionalità del legislatore o altro) che possono indurre la Corte a non adottare la stessa.

Le sentenze interpretative di rigetto della Corte paiono pertanto chiamate a svolgere un ruolo importante ed essenziale nel guidare ed indirizzare l'interpretazione conforme, allorché la questione di costituzionalità abbia ad oggetto una disposizione rispetto alla quale, per diverse ragioni, non risulta si sia formato alcun diritto vivente. La Corte ha infatti il potere-dovere di indicare l'interpretazione che essa ritiene costituzionalmente conforme, in modo da collaborare al formarsi e consolidarsi di un diritto vivente conforme a Costituzione.

Il successo dell'interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere pertanto solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive e non sulla base della loro efficacia giuridica che attribuirebbe alla Corte una sorta di potere di interpretazione autentica. Qualora le sue argomentazioni non convincano i giudici e venga a concretarsi un diritto vivente contrastante con la Costituzione, alla Corte non resterà che utilizzare lo strumento della dichiarazione di incostituzionalità, come tale vincolante per i giudici.

8. Il rapporto tra Giudice costituzionale e giudici comuni nella tutela dei diritti fondamentali e gli effetti della riforma della LOTC del 2007 per ridurre l'“alluvione” dei ricorsi di amparo e per l'instaurazione di un diverso rapporto di collaborazione. La sentenza 155/2009 del Pleno: la portata e l'importanza della individuazione delle sette ipotesi di “speciale rilevanza costituzionale”.

Pur nella generale considerazione che una riforma della disciplina dell'amparo fosse ormai assolutamente necessaria, dubbi sono stati sollevati invece in ordine alla concreta efficacia delle misure contenute nella riforma del 2007 ai fini della risoluzione del problema dell'abuso nell'uso

del ricorso di *amparo* e della conseguente “alluvione” che ha invaso in questi anni il TC, determinando i gravi ritardi di funzionamento e la difficoltà di svolgimento delle altre attribuzioni. Ci si è chiesti cioè se, pur avendo introdotto un sistema che consente al *Tribunal* di operare una forte selezione dei casi da decidere, ciò potrà bastare a far tornare alla normalità il lavoro del Giudice costituzionale oppure se invece la soluzione andava ricercata piuttosto sul fronte della diminuzione del numero di ricorsi in entrata, ponendo un filtro, come rileva Aragon, “sulla porta di via Scarlatti”.

A parte il rilievo infatti che un’opera di selezione sarebbe stata possibile anche sulla base della precedente disciplina – data la genericità dei requisiti di ammissione e della manifesta carenza di contenuto in particolare – potrebbe ulteriormente rilevarsi come la forte selezione, di fatto, sia in realtà per gran parte già avvenuta, se guardiamo cioè all’altissima percentuale di ricorsi dichiarati inammissibili in fase di filtro. La causa dei ritardi parrebbe infatti da imputarsi essenzialmente a quel necessario “lavoro in negativo” svolto dal *Tribunal* ossia alla lettura dei singoli ricorsi, ad uno studio quindi dedicato a verificare ciò di cui poi questi non avrebbe dovuto occuparsi, anziché lavorare “in positivo” sui ricorsi meritevoli di approfondimento.

Potrebbe rilevarsi come nessun sistema di selezione eviterà che i magistrati del TC debbano esaminare i singoli ricorsi al fine di verificare se essi presentino o meno la “speciale rilevanza costituzionale” richiesta dalla legge e che questa non potrà avere quindi l’effetto di una “formula magica”, tale da risolvere di per sé ogni problema.

Alla fine potrebbe non rivelarsi di grande aiuto neppure la già ricordata “inversione dell’onere della prova”. Al di là della sua ricostruzione teorica, in pratica potrebbe cambiare molto poco, dal momento che è prevedibile che un buon avvocato riuscirà ad indicare motivi o precedenti giurisprudenziali tali da poter giustificare una delle condizioni sulle quali si fonda la “speciale rilevanza costituzionale”. Starà poi ai giudici del TC verificarne la fondatezza, ma ciò implicherà appunto l’esame e lo studio della questione con modi e tempi non dissimili da quelli adesso impiegati allo stesso scopo.

In base anche a tali considerazioni è stato correttamente rilevato come la riforma si limita in sostanza a porre in mano ai giudici costituzionali uno strumento utile allo scopo, richiedendosi però per l’efficacia dello stesso un profondo mutamento di cultura giurisdizionale da parte del TC, nonché, a seguire, dei giudici, degli avvocati e degli stessi ricorrenti attraverso l’accettazione di un diverso ruolo da attribuire all’*amparo*, non più come strumento di tutela individuale dei propri diritti fondamentali (Carrillo).

La inammissibilità con l’indicazione (per alcuni addirittura “secca”, priva cioè di qualsiasi motivazione) della mancanza di “speciale rilevanza costituzionale” dovrebbe spingere a non proporre più ricorsi di *amparo* se non convinti di essere riusciti a provare l’esistenza del suddetto requisito.

Viene così sottolineato come nei prossimi anni “il *Tribunal* dovrà profondere uno sforzo straordinario (non è esagerato definirlo titanico), ma se ci riuscirà (ed il legislatore gli ha finalmente dato gli strumenti) avrà impresso una svolta positiva storica, per importanza e coraggio, alla giurisdizione costituzionale spagnola” (Aragon).

Difficile al momento prevedere se, in tempi relativamente brevi, si assisterà o meno ad un simile cambio di cultura, specie nei soggetti legittimati a proporre i ricorsi, che, a giudizio di alcuni (Carrillo, Cruz Villalon), dovrebbe condurre il TC a pronunciare non più di trenta-quaranta decisioni l’anno in tema di *amparo*.

Anche per questo un’affermazione, generalmente condivisa, è stata quella secondo cui il futuro della riforma è posto interamente nelle mani del TC, della interpretazione cioè che questi ne darà, specie con riguardo alle espressioni più generali e polisensu, nonché della capacità ad acquisire quella nuova cultura giuridica prima accennata.

Proprio la genericità dei presupposti di ammissibilità ed in particolare della nozione di “speciale rilevanza costituzionale” ed i tre requisiti in cui la stessa viene specificata, unitamente alla possibilità di dichiarare, senza motivazione la inammissibilità indicando solamente il requisito

mancante, aveva fatto sostenere che, con la riforma, fosse stata introdotto nel sistema spagnolo il criterio del *certiorari* nordamericano o comunque uno strumento “assai prossimo, se non analogo” (Aragon) o “vicino” (Carrillo) allo stesso.

Altri hanno invece espresso l’opinione che non possa aversi, in pratica, una forma di *certiorari*, stante comunque la necessità per il Tribunale di leggere e studiarsi i ricorsi e che, anche in astratto, la disciplina resti assai distante da tale istituto, in quanto si tratterebbe di una discrezionalità riconosciuta al Giudice costituzionale, ma non senza limiti, per le differenze che comunque intercorrono tra il potere di selezione proprio della Corte suprema americana e quello che può permettersi una Corte europea, come quella spagnola, la cui discrezionalità nel decidere circa l’ammissibilità non potrà mai appunto essere totale (Cruz Villalon).

Sotto questo aspetto assume all’evidenza una grande importanza la sentenza 155/2009 con cui il Pleno del TC ha preso posizione, dando un concreto contenuto alla nozione certamente più centrale e controversa dell’intera riforma, ossia quella della “speciale rilevanza costituzionale”.

Il TC aveva la possibilità di procedere gradualmente, attraverso i casi concreti che gli si presentavano, ad indicare di volta in volta le ipotesi rientranti nella nozione di “speciale rilevanza costituzionale”, lasciandosi così un margine di discrezionalità nella decisione, anche in considerazione della particolarità del caso. Esso ha invece deciso di provvedere ad una autolimitazione della propria discrezionalità, producendo una vera e propria elencazione – che equivale in qualche misura ad una integrazione, con caratteri anche innovativi, del testo della legge organica del 2007 – delle ipotesi da ritenersi espressive della “speciale rilevanza costituzionale” e quindi ammissibili, con evidente beneficio per la certezza del diritto e per la trasparenza dell’attività del Giudice costituzionale.

Il TC - dopo aver specificato che il catalogo deve considerarsi non come definitivamente chiuso, stante il carattere dinamico della giurisprudenza costituzionale, che può comportare sempre un aggiornamento dello stesso o la eliminazione di un caso adesso previsto, come la inclusione di altro non considerato – procede infatti ad indicare sette ipotesi di “speciale rilevanza costituzionale”.

La prima (a) riguarda il caso in cui la denunciata violazione faccia riferimento ad un problema o ad un aspetto relativo ad un diritto fondamentale, rispetto al quale non esiste una giurisprudenza costituzionale.

Si tratta quindi di un ricorso che consente al *Tribunal* di pronunciarsi in ordine ad un aspetto nuovo, mai affrontato prima e che potrà pertanto, a partire da quella pronuncia, agire come criterio interpretativo per i futuri casi analoghi, sia per i giudici, sia per gli avvocati, con il risultato di eliminare o ridurre al minimo la presentazione di ricorsi che sottopongono al Tribunale il medesimo problema o il medesimo aspetto.

D’altro lato, nel presentare un ricorso, l’avvocato, per dimostrare la “speciale rilevanza costituzionale”, dovrà dimostrare la “novità” del caso nel senso anzidetto.

La seconda (b) fa riferimento al caso in cui il ricorso offra al TC la possibilità di mutare la propria giurisprudenza, come risultato di una riflessione interna allo stesso oppure di nuove realtà sociali, di mutamenti normativi rilevanti o di cambiamenti di giurisprudenza degli organi incaricati di interpretare i trattati o gli accordi internazionali.

La prevista possibilità per il *Tribunal* di cambiare giurisprudenza richiama, per alcuni versi, l’ipotesi che in Italia è stata definita della illegittimità costituzionale sopravvenuta in senso stretto, con la quale la Corte costituzionale legittima un cambiamento della propria precedente giurisprudenza rispetto ad una determinata disciplina, in quanto la stessa, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, è divenuta incostituzionale solo successivamente a seguito di avvenimenti posteriori, individuati in mutamenti normativi (si pensi all’ipotesi di violazione del principio di eguaglianza in base alla tecnica del *tertium comparationis*), sociali o anche giurisprudenziali.

La terza (c) prevede il caso in cui la supposta violazione di un diritto fondamentale viene fatta derivare direttamente da una legge o da altra disposizione di carattere generale.

La “speciale rilevanza costituzionale” discende chiaramente dalla natura dell’atto cui la violazione è di fatto imputabile sostanzialmente impugnato e, con riguardo all’autorità giudiziaria che si è occupata del caso, il ricorso equivale ad una sorta di denuncia per mancata proposizione da parte di quella di una questione incidentale di legittimità costituzionale, trattandosi appunto di una legge.

Al proposito diviene ancora più interessante la modifica, introdotta dalla legge del 2007, a proposito della autoquestione di costituzionalità o “questione interna di costituzionalità”.

La disciplina precedente stabiliva infatti che, una volta accolto il ricorso di amparo, qualora ciò fosse dovuto al supposto contrasto della legge applicata ai principi costituzionali, la Sala poteva sollevare davanti al Pleno questione di costituzionalità della legge medesima, derivandone la possibilità che questi si pronunciasse in maniera discordante rispetto a quella.

La modifica trasforma adesso l’autoquestione in una vera e propria questione di costituzionalità in via incidentale, stabilendo la pregiudizialità tra le due pronunce, con sospensione della decisione sull’*amparo* in attesa di quella sulla costituzionalità della legge da applicare.

In proposito è stato posto in rilievo da Cruz Villalon come l’oggettivizzazione dell’*amparo* renderà più facile la riconduzione dei ricorsi d’*amparo* al controllo delle leggi: si tratterà di concentrare la ammissibilità dei ricorsi ai casi in cui viene in questione la costituzionalità di una legge o di una certa interpretazione della stessa.

La quarta (*d*) è relativa al caso in cui si sia formata in giurisprudenza un’interpretazione seguita in maniera costante e consolidata (c.d. diritto vivente), la quale è considerata dal TC contraria alla Costituzione, valutando necessaria una diversa interpretazione conforme alla stessa.

La quinta (*e*) concerne il caso in cui la denunciata violazione di un diritto fondamentale viene fatta derivare dal fatto che l’interpretazione del TC non è uniformemente seguita dai giudici comuni o esistono decisioni contraddittorie, sia perché viene seguita una interpretazione diversa da quella indicata dal *Tribunal*, sia perché questa è fatta propria da alcuni, ma non da altri giudici.

In questo caso l’intervento del Giudice costituzionale è ritenuto necessario ad eliminare i dubbi circa la corretta interpretazione da seguire che sembrano essere sorti a seguito di un suo precedente intervento. Una sorta di interpretazione autentica con cui il TC ribadisce quanto già detto, a beneficio della chiarezza ed in modo tale da evitare che le diverse posizioni interpretative manifestatesi in proposito diano luogo, nell’incertezza, alla presentazione di ricorsi di amparo.

La sesta (*f*) è relativa al caso in cui la supposta violazione di un diritto fondamentale viene fatta derivare dal fatto che il giudice è manifestamente venuto meno all’obbligo di seguire l’interpretazione indicata dal TC.

Trattasi chiaramente di un’ipotesi da ritenere patologica, di non funzionamento del sistema, dal momento che la legge organica sul potere giudiziario (LOPJ) del 1985 prevede espressamente (art. 5, 1° e 3° comma) l’obbligo per i giudici comuni di interpretare ed applicare le leggi ed i regolamenti in conformità alla interpretazione dei principi costituzionali quale risulta dalle decisioni del TC.

La “speciale rilevanza costituzionale” consiste in sostanza nella necessità di porre rimedio, nel caso in cui il ricorso si riveli fondato, ad una evidente mancanza dell’autorità giudiziaria.

La settima ed ultima (*g*) riguarda il caso in cui il problema posto, al di là del fatto specifico, solleva una questione giuridica di rilevanza sociale o economica o politica generale, quale potrà presentarsi, soprattutto, anche se non esclusivamente, con riferimento a certi *amparos* elettorali o parlamentari.

Si tratta all’evidenza di una clausola residuale (come dimostra l’espressione “*sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores*”), attraverso la quale il TC sembra volersi riservare uno spazio di maggiore scelta discrezionale, fondata anche su ragioni di opportunità “politica”.

9. Osservazioni conclusive: la maggiore valorizzazione, da parte del Tribunale costituzionale e rispetto alla riforma del 2007, della dimensione “soggettiva” del “nuovo” amparo costituzionale.

Attraverso la fondamentale sentenza 155/2009 il TC non ha provveduto semplicemente alla importante e necessaria esigenza di specificare e dare un contenuto concreto alla nozione di

“speciale rilevanza costituzionale” ma, visto il carattere centrale di tale nozione nella riforma dell’amparo e nella realizzazione del “nuovo” corso dello stesso, ha pure inteso disegnare il proprio ruolo e, corrispondentemente, quello dell’autorità giudiziaria nella dinamica della tutela dei diritti fondamentali in Spagna.

Pare infatti possibile dedurre da tale pronuncia un particolare ruolo assegnato ai due soggetti che operano e realizzano il sistema di giustizia costituzionale spagnolo.

Evidente appare la volontà di cercare di instaurare un diverso rapporto tra il Giudice costituzionale ed i giudici comuni (specie Tribunale supremo), riservando al primo solo un intervento di controllo e di garanzia a carattere eccezionale per i casi nuovi, più difficili o di interesse generale e favorendo una maggiore e più incisiva funzione dei giudici comuni e quindi una “maggiore diffusione” della tutela costituzionale dei diritti fondamentali.

Un percorso che, per molti aspetti, richiama da vicino quello verificatosi in Italia negli ultimi anni e riassunto in uno dei paragrafi precedenti, attraverso il riferimento nella giurisprudenza costituzionale all’opportunità, e poi all’obbligo, di interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice comune.

La riforma del 2007, come interpretata dal *Tribunal*, tende a ricondurre il ricorso di amparo a strumento straordinario di tutela dei diritti fondamentali, superando quindi l’idea dello stesso come un normale e naturale quarto grado di giudizio e, conseguentemente, ad attribuire al TC il ruolo di indicare l’interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa, anziché quello di giudicare sul caso concreto. Compito quest’ultimo lasciato all’autorità giudiziaria sulla base appunto delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza del Giudice costituzionale.

In questa ottica appare pertanto logico che l’intervento di quest’ultimo sia ritenuto necessario allorché si ponga un problema o un aspetto nuovo (caso *sub a*) o vi siano nuovi elementi di ordine sociale o normativo o giurisprudenziale che consiglino una riconsiderazione di certi indirizzi già forniti (caso *sub b*).

Ciò non significa però che l’amparo abbia pertanto acquisito una dimensione esclusivamente oggettiva e perduto quindi il carattere soggettivo, che fa parte della sua stessa natura.

Questo timore, e con esso quello di una minore tutela dei diritti fondamentali nel caso concreto, era stato espresso ad esempio da Luis Maria Diez Picazo il quale, prima della pronuncia 155/2009 del TC, aveva espressamente fatto in proposito riferimento a tutte quelle occasioni in cui il giudice comune di fronte ad una giurisprudenza consolidata del Tribunale – la quale dovrebbe, a rigore, escludere l’“utilità” di risolvere quel caso nel merito e quindi la “speciale rilevanza costituzionale” del ricorso – ritenesse di non doverla o poterla seguire.

Questo timore può ritenersi superato dalla interpretazione della nozione di “speciale rilevanza costituzionale” fatta propria dal TC e dai casi elencati come esemplificativi della stessa, tra i quali vengono ricompresi appunto quelli del giudice che eventualmente non assolva al proprio poterdovere di sollevare questione di costituzionalità di una legge o atto avente forza di legge (caso *sub c*), della formazione di un diritto vivente in contrasto ad una possibile interpretazione costituzionalmente conforme (caso *sub d*) e soprattutto quelli di una interpretazione del *Tribunal* non seguita uniformemente dalla giurisprudenza (caso *sub e*) o specificamente e manifestamente disattesa dal giudice (caso *sub f*).

Possiamo quindi ritenere che il TC, riservando a se medesimo il ruolo di fornire le indicazioni interpretative generali in ordine ai diritti fondamentali amparabili, si è anche preoccupato che queste indicazioni siano effettivamente e praticamente seguite dagli operatori giuridici ed *in primis* dai giudici, qualificando come “speciale rilevanza costituzionale” l’ipotesi in cui ciò non avvenga e ponendo così le premesse perché il TC possa tornare sul punto ribadendo, e facendo valere anche nel caso specifico, il proprio orientamento.

Qualcosa di simile a quello che è accaduto in Italia con il fenomeno c.d. della doppia pronuncia - consentire cioè al Giudice costituzionale di tornare sul tema già affrontato annullando le decisioni dei giudici non rispettose dell’indirizzo giurisprudenziale costituzionale e consolidando quindi lo stesso - cui in varie occasioni ha fatto ricorso la Corte costituzionale in sede di conflitto di

attribuzione tra Stato e regioni, allorchè ha accolto il ricorso, e annullato l'atto amministrativo impugnato, in quanto dava applicazione ad una legge interpretando la stessa in maniera difforme a quella indicata dalla Corte in una precedente decisione interpretativa di rigetto come l'unica costituzionalmente corretta.

La nozione di "speciale rilevanza costituzionale", così come intesa dal Tribunale costituzionale, viene pertanto a recuperare, oltre quanto poteva desumersi dal semplice dettato normativo, una dimensione "soggettiva" di tutela del diritto fondamentale, a fronte di ipotesi di mancata osservanza degli indirizzi giurisprudenziali indicati dal Tribunale.

Una supposta violazione, anche grave, di un diritto fondamentale non sarebbe esaminata nel merito, in quanto priva di "speciale rilevanza costituzionale" solo se l'autore dell'atto impugnato risultasse aver fatto corretta applicazione di una già esistente giurisprudenza costituzionale sul punto e non si potesse dimostrare l'esistenza di elementi nuovi che potrebbero indurre il Tribunale a mutare la propria posizione.

In ogni altro caso (compreso quello della mancata osservanza di un determinato indirizzo giurisprudenziale) il ricorso è da ritenere caratterizzato da "speciale rilevanza costituzionale" e quindi, dimostrata la presenza di uno dei casi *sub a-g*), sarà esaminato nel merito e con riguardo alla specifica violazione denunciata, fornendo quindi una tutela diretta e niente affatto indiretta della supposta violazione del diritto fondamentale.

Credo quindi, per concludere tornando al titolo del nostro Seminario, che non possa parlarsi di una "oggettivizzazione" dell'amparo nel significato che nei sistemi di giustizia costituzionale assume la contrapposizione tra carattere soggettivo e carattere oggettivo della garanzia, trattandosi nel nostro caso sempre e comunque di una tutela diretta.

Il nuovo requisito di ammissibilità, senza eliminare la natura soggettiva dell'*amparo*, valorizza senz'altro un elemento di interesse pubblico e generale con l'intenzione di ricondurre lo strumento ad uso eccezionale e straordinario, rappresentato dai casi in cui manchi o non venga seguita la giurisprudenza espressa sul punto dal TC e di instaurare quindi un diverso e nuovo rapporto tra il Giudice costituzionale e l'autorità giudiziaria nel sistema di giustizia costituzionale e di tutela dei diritti fondamentali.

Pare evidente come la concreta realizzazione di tale prefigurato rapporto presuppone pure la fattiva collaborazione di una magistratura sensibile ai valori costituzionali ed alle esigenze espresse dalla riforma, la quale riscuota anche per questo, a livello popolare, un apprezzabile livello di fiducia, nonché da parte degli avvocati, per il ruolo importante che essi sono chiamati a svolgere in proposito, semmai a seguito delle condivisibili riforme che Ignacio Borrajo Iniesta indica nel suo scritto.

La dottrina richiamata nel testo, nell'ordine di citazione:

L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. CARLASSARE (cur), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 11 ss.

V. ONIDA, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in CARLASSARE (cur.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 177 ss.

J. JIMENEZ CAMPO, *La legge organica 6/2007 di riforma del Tribunal constitucional, un anno dopo*, Conferenza tenuta al Dottorato di giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Pisa, 19 giugno 2008.

- M. CARRILLO, *La reforma de la jurisdiccion constitucional: la necesaria racionalizacion de un organo constitucional en crisis*, in AA.VV., *Hacia una nueva jurisdiccion constitucional*, Valencia, 2008, 63 ss.
- M. ARAGON REYES, *La riforma della legge organica del Tribunal constitucional*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, 111 ss.
- M. ARAGON REYES, *L'interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal constitucional e la sua forza vincolante*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 52 ss.
- F. BALAGUER CALLEJON, G. CAMARA VILLAR e L.F. MEDINA REY, *La nueva ley organica del Tribunal constitucional*, Madrid, 2008
- G. FERNANDEZ FARRERES, *La reforma de la ley organica del Tribunal constitucional (commentario a la ley organica 6/2007, de 24 de mayo)*, in AA.VV., *Hacia una nueva jurisdiccion constitucional cit.*, 130 ss.
- A. GARRORENA MORALES, *La ley organica 6/2007 y la reforma del Tribunal constitucional. Notas para una critica*, in AA.VV., *Hacia una nueva jurisdiccion constitucional cit.*, 216 ss.
- F.F. SEGADO, *La reforma del régimen juridico-procesal del recurso de amparo*, Madrid, 2008
- L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss.
- P. CRUZ VILLALON, *La riforme de la justice constitutionnelle espagnole*, in *Die Ordnung der Freiheit fur Christian Starci zum siebzigsten Geburtstag*, Tubingen, 2007, 721 ss.
- L.M. DIEZ PICAZO, *Le esperienze europee consolidate: Spagna*, in R. TARCHI (cur.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giappichelli di Torino
- I. BORRAJO INIESTA, *Mitos y realidades de la jurisdiccion constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admision, costes*, in *Teoria & Derecho. Revista de pensamiento juridico*, 3/2008, 159 ss.
-